

Aspectos Penais e Processuais – Lei Maria da Penha¹

Angélica de Maria Mello de Almeida

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A violência de gênero constitui questão, que começa a ganhar visibilidade, no Brasil, na década de 1970, com idas e vindas, podendo ser destacada a criação das Delegacias da Mulher, no Estado de São Paulo. Passa pela Lei 9.099/95, que não se mostrou instrumento hábil a enfrentar a violência doméstica e familiar contra a mulher. A partir de agosto de 2006, portanto, há sete anos, o fenômeno social da violência doméstica recebe a tutela da Lei 11.340 – Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha representa a conquista da luta de gerações e gerações de mulheres brasileiras, que contou com a solidariedade de muitos homens.

Não me canso de repetir, reflete a luta de nossas mães, nossas avós, que muitas vezes abdicaram do estudo, trabalho, deixaram de lado seus sonhos para que a geração seguinte pudesse ter condições de realização pessoal.

Reflete a luta de muitas mulheres que se organizaram, questionaram hábitos culturais arraigados, leis e interpretações jurisprudenciais, que reproduziam a discriminação de gênero.

O doloroso caso Maria da Penha desencadeou e acelerou a elaboração do projeto de lei.

Se a Lei Maria da Penha é uma conquista da sociedade brasileira, como instrumento de ação afirmativa, que visa assegurar o direito fundamental da igualdade, cabe aos intérpretes e aos aplicadores dar efetividade à Lei Maria da Penha. Desde aqueles que devem atuar, no início da intervenção estatal – polícia civil, militar, guarda municipal, serviços de saúde – passando pelos advogados, promotores de justiça, equipe multidisciplinar, funcionários públicos e magistrados.

A Lei Maria da Penha traz *matriz* diferenciada para a tutela da mulher em risco de violência. Trata da violência física, sexual, psicológica, moral e patrimonial, pondo à mostra as contradições da violência de gênero no seu mais invisível espectro.

Dá visibilidade à violência de gênero no espaço de convívio permanente das pessoas no espaço de relação íntima de afeto tenha ou não convivido com a ofendida independentemente de coabitação e orientação sexual (art. 5º, incisos I, II e III).

A Lei Maria da Penha desenha matriz diferenciada porque propõe tutela ampla da mulher em risco de violência doméstica ou familiar.

Busca dar real efetividade à garantia constitucional da igualdade, dando real concreção ao art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem

¹ Palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura – Curso de Extensão Universitária “Proteção de Gênero e Violência Doméstica” – 7 ago. 2013.

distinção de qualquer natureza, assegurando o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade”.

Também ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal, que estabelece, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Está em correspondência ainda com o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, que iguala o homem e a mulher na relação conjugal.

A proposta legislativa da Lei Maria da Penha respalda-se na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará.

O arcabouço de normas, trazido pela Lei Maria da Penha, embora arrojado, inovador, esbarra em dois pontos de resistência. Um, de natureza cultural. Outro, específico à área jurídica.

As pesquisas demonstram que, no Brasil, as relações sociais entre homens e mulheres são assimétricas, desiguais, impregnadas pela desigualdade de gênero, intimamente ligadas à desigualdade social, econômica, de raça e etnia.

No Brasil, os dados sobre violência doméstica são alarmantes. Tiveram decréscimo com a edição da Lei 11.340/06, mas voltaram a crescer, nos últimos cinco anos.

Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2010, revela que o Brasil ocupa o 7º lugar, no contexto mundial em homicídio de mulheres. O Estado do Espírito Santo tem a taxa mais alta de homicídio (9,8 homicídios a cada cem mil mulheres). O Estado de São Paulo apresenta-se no 26º lugar, com 3,2 homicídios a cada mil mulheres. De um lado, indica que mais homens do que mulheres são vítimas de agressão física. Ao mesmo tempo, no entanto, revela que 48% das mulheres são agredidas, na própria casa, enquanto, em relação aos homens, o patamar é de 14%. Em São Paulo, é de 43% e 10%, respectivamente. Aponta ainda que foram agredidas, no âmbito das relações domésticas, afetivas ou familiares, pelo cônjuge, ex-cônjuge ou algum parente, 41,61% das mulheres. Em São Paulo, a agressão chega à cifra de 34,65%. É preponderante a violência física, 44,2%, seguida da psicológica, 20,8% e sexual, 12,2%, cifra que compreende o universo de treze mil mulheres.

Na sociedade brasileira, como não é diferente em outras paragens, ainda impera a ideia de que cabe à mulher, em razão de sua natureza feminina, desempenhar tais ou quais papéis socialmente construídos – pré-definidos, como ensina Helleieth Saffioti, precursora, no Brasil, do estudo da questão de gênero.

Não é por outro motivo que não é dado à mulher o direito de romper um relacionamento amoroso ainda que desfeitos os laços afetivos – o rompimento pode custar a mulher a violação de sua integridade física, quando não, a própria vida.

Não é por outro motivo que o ex-companheiro se sente no direito de invadir clandestinamente a casa da mulher, da qual está separado há vários anos.

Não é por outra razão que entende plenamente justificado e justificável agredir publicamente a mulher com quem, tempos atrás, mantivera relacionamento amoroso, porque a encontrou, na companhia do novo companheiro.

No âmbito das relações domésticas e familiares, a violência apresenta especificidades que não podem ser descuidadas pelos órgãos públicos. As consequências são as mais

perversas. Basta ter em conta que, na violência doméstica, a mulher e o agressor, via de regra, estão ligados por vínculos afetivos, dependência emocional, laços sentimentais, sentimentos contraditórios.

Instala-se a chamada conspiração do silêncio, o grupo familiar tem dificuldade em romper o silêncio para exteriorizar a violência sofrida pela mulher. A própria mulher sente-se constrangida em exteriorizar a agressão ou humilhação a que é submetida pelo companheiro, marido, namorado, quando não, sente-se amedrontada das consequências que poderão advir no momento em que der visibilidade à violência sofrida.

A violência de início quase imperceptível, representada por ameaças verbais, ou atitudes humilhantes, lesões ligeiras – aparentemente sem significado – com o passar do tempo – torna-se constante e cada vez mais intensa. Chega ao ponto de tirar a vida da mulher.

Os profissionais que têm, por dever funcional ou profissional, de aplicar a Lei Maria da Penha, não escapam a essa conjuntura de desigualdade de gênero. Todos nós estamos inseridos, em contexto social, em sociedade com estrutura patriarcal, hierarquizada, em que as relações sociais entre homens e mulheres são desiguais.

Mas não é só.

Ao lado do impacto de ordem cultural, na medida em que deve ser aplicada em campo social, minado pela desigualdade do gênero, não pode ser descuidado impacto específico da Lei Maria da Penha, restrito à área jurídica.

A formação acadêmica do bacharel em direito, por tradição, é calcada em estrutura compartimentada dos ramos do direito: civil, penal, processual penal e processual civil, entre outros.

Na realidade, a tradição do ensino de Direito, no Brasil, não condiz com a matriz apresentada pela Lei 11.340/06.

Por outro lado, a organização judiciária brasileira de certa maneira reflete a estrutura compartimentada do Direito: varas criminais, varas de família, varas cíveis.

Em vista disso, nós os integrantes da área jurídica, notadamente no âmbito criminal – delegados de polícia, advogados, promotores de justiça, magistrados –, não estamos acostumados a atuar de conformidade com o molde estabelecido pela Lei Maria da Penha.

Sofremos o impacto da inovação trazida pela Lei Maria da Penha. Não estamos habituados e preparados para dar início a inquérito policial em que, além da apuração da infração penal, devem ser assegurados à vítima direitos de natureza diversa. Em que a vítima tem participação mais efetiva, devendo atuar com assistência de advogado constituído ou nomeado. Não estamos acostumados a trabalhar de modo compartilhado com a equipe técnica multidisciplinar. Não estamos acostumados a trabalhar em equipe, nós, magistrados, quer em primeira instância, quer em grau de recurso.

Assim, até então, ainda que se tratasse de violência doméstica ou familiar, a infração penal era apurada e resolvida no âmbito penal. A guarda dos filhos, alimentos, separação judicial, fixação de alimentos, divisão de bens, eram matérias da área civil, familiar. Embora fizessem parte do mesmo contexto fático, eram dirimidas por juízos distintos. Os processos deveriam tramitar, concomitantemente, cada um perante juiz diverso.

A Lei Maria da Penha, de forma inédita, quebra a tradição do ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer a competência cumulativa ou híbrida. Ao mesmo tempo em que o juiz deve apurar e, se for o caso, punir o agressor pela prática da infração penal, deve

apreciar e julgar matérias relativas à separação judicial, fixação de alimentos, guarda de filhos, entre outras.

Há previsão expressa que as Varas Criminais acumularão as competências civil e criminal enquanto não instalado o juizado ou Varas de Violência Doméstica, garantido o direito de preferência para o processo e julgamento das causas de violência doméstica (art. 33, parágrafo único).

Trata-se de inovação que impede a vitimização secundária da mulher. Evita que a mulher em risco de violência doméstica e familiar tenha de percorrer instâncias diversas da Justiça. Dá à ofendida a oportunidade de encontrar solução para o conflito de interesses perante o único juízo.

O juizado ou Vara de Violência Doméstica e Familiar tem competência cumulativa. Ou seja, atribuição para apreciar e julgar casos de violência ocorrida no âmbito da família ou de relação íntima de afeto, entre pessoas que convivam ou tenham convivido, independentemente de coabitação ou de orientação sexual (artigo 5º, Lei 11.340/06).

No que diz respeito ao rito procedimental, a lei não traçou normas específicas.

O rito processual dependerá da pena máxima cominada para o delito. Procedimento ordinário para o crime cuja pena privativa de liberdade máxima for igual ou superior a quatro anos (art. 394, I, CPP). Procedimento sumário para o crime cuja pena privativa de liberdade seja inferior a quatro anos (art. 394, II, CPP). Os crimes dolosos contra a vida têm rito processual específico, escalonado previsto nos artigos 406 a 497 do CPP. O rito sumaríssimo (art. 394, III, CPP) não tem aplicação por força do artigo 41, que prevê: independentemente da pena prevista aos crimes praticados, na esfera doméstica, não tem aplicação a Lei 9.099/95.

O artigo 13, da Lei 11.340/06, dispõe que se aplicam subsidiariamente as normas do Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e legislação específica relativa à criança, adolescente e idoso que não conflitar com o estabelecido na lei.

Assim, é possível adotar de forma supletiva norma contemplada pela Lei 8.069/90 – ECA, por exemplo, no que diz respeito ao sigilo de atos judiciais, policiais ou administrativos, em prol da vítima ou dos filhos, ou, da Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso, de forma a assegurar a prioridade do processo, que envolve como parte pessoa com idade de 60 anos ou mais.

De outra parte, na esfera da Lei Maria da Penha, o papel da vítima tem perfil diferenciado. Pode atuar como assistente da acusação, auxiliando o Ministério Público, na esfera criminal. Ao mesmo tempo, pode defender seus interesses e direitos, de natureza patrimonial, cível etc.

Para tanto, assegura o direito de a ofendida, desde a fase policial, ter o acompanhamento de advogado constituído ou nomeado pelo juiz (art. 28). Assistência jurídica gratuita assegurada desde a delegacia de polícia, ressalvado o pedido de medidas protetivas, que pode ser requerido pela própria ofendida (art. 27). É de todo sabido que a prática de agressão física, espancamento, ameaças coexistem com a violência psicológica, econômica, entre outras. A vítima deve ser notificada do ingresso e saída da prisão do agressor (artigo 21).

Relevante o papel atribuído aos delegados de polícia. É fato notório que, em se tratando de violência doméstica e familiar, via de regra, não há testemunhas ou se limitam às pessoas do núcleo familiar (filhos, irmãos, cunhados). No mais das vezes, os vizinhos

e, mesmo pessoas amigas, não querem se envolver no conflito, não se dispõem a reproduzir perante à Justiça fatos que eventualmente presenciaram.

Imprescindível, assim, o cuidado, na coleta de elementos indiciários, circunstâncias que possam evidenciar a ocorrência dos fatos: preservação do local (art. 169, CPP), marcas, sinais, objetos quebrados etc, empenho na requisição de perícias que não podem ser repetidas (exame de corpo de delito – art. 158, CPP, exame complementar pode ser suprido por prova testemunhal – art. 168, § 3º, CPP). Sem contar as providências de natureza diversa: encaminhamento da ofendida a hospital, posto de saúde e IML; transporte da ofendida e dependentes para local seguro; remessa a Juízo do pedido de medidas urgentes, entre outras providências (art. 10).

O Ministério Público exerce sua função primordial de titular da ação penal, devendo intervir, quando não for parte, na condição de fiscal da lei (custos legis), nas causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 25). Tem funções administrativas nas inspeções de estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, devendo adotar de imediato medidas cabíveis (art. 26, II), como a instalação de casas abrigo e casas de passagem para receber vítimas sob ameaça de morte.

O promotor de Justiça está legitimado a propor ação civil pública, por exemplo, a fim de exigir que ente municipal seja compelido a criar política pública indispensável à proteção das vítimas e seus familiares (art. 35, I e V).

Primordial e imprescindível apresenta-se a atuação do advogado constituído, defensor público, ou nomeado, que deve atuar no interesse e direitos da vítima desde a fase policial, tendo em vista a ampla tutela da mulher assegurada pela Lei Maria da Penha. Pode contribuir para que os vestígios da ação delituosa possam ser preservados, assim como trazer para o processo fatos que tenham real relevância para que o conflito de interesses instalado possa resultar em solução mais justa.

A equipe técnica multidisciplinar representa suporte relevante para a decisão judicial, propiciando, ainda, a interação com os equipamentos necessários ao enfrentamento da violência doméstica: abrigo, centros de atendimento etc.

No âmbito penal, a violência doméstica pode expressar-se através de vários tipos penais que ofendem a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio, entre tantos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Em se tratando de violência física (ameaça, lesões corporais dolosas, homicídio doloso), violência patrimonial (crime de dano), violência moral (denúncia caluniosa, calúnia, difamação injúria), violência sexual (estupro).

No ordenamento jurídico brasileiro, o delito podia receber gravame, se praticado, prevalecendo-se das relações domésticas, a título de circunstância agravante prevista no artigo 61, II, h, do Código Penal.

O delito de lesão corporal qualificada pela violência doméstica ou familiar foi introduzido pela Lei 10.886, de 17 de junho de 2004. Acrescentou o § 4º e § 10, ao artigo 129, do Código Penal, alterando a pena mínima para três meses e máxima para três anos. Na hipótese de lesão corporal de natureza grave, gravíssima e lesão corporal seguida de morte, estabeleceu causa de aumento de pena de um terço. Alterou o artigo 61, II, alínea f, para ter como circunstância obrigatória agravante a violência contra a mulher, nos termos em que configurada, na lei específica – Lei Maria da Penha.

Em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, foi significativa a reforma, trazida pela Lei 11.106, de 26 de março de 2005.

As normas incriminadoras, então vigentes desde 1940, tinham evidente carga discriminatória. Protegiam a mulher em determinadas situações, desde que correspondessem à exigência de padrões ou atributos de ordem moral ou mesmo física. Escondiam os tipos penais uma efetiva seletividade em função do gênero, como detectado por Maria Tereza Couceiro Pizarro Beleza, ao examinar a legislação penal portuguesa.

Após a vigência da Lei Maria da Pena, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe alterações substanciais, em relação aos crimes contra a liberdade sexual, destacando-se entre elas:

1. a nomenclatura adotada pelo Código Penal de 1940 – crimes contra os costumes, foi substituída por crimes contra a dignidade sexual, visando garantir a liberdade de escolha, sem qualquer forma de exploração, menos ainda, se praticada com violência, grave ameaça ou fraude;

2. houve unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor numa única figura delituosa: crime de estupro, tipificado como toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, inclusive, a conjunção carnal (CP, art. 213);

3. deu-se atenção especial à vítima menor de 18 anos, mais ainda, se menor de 14 anos, ao tipificar o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A);

4. os delitos de tráfico internacional de pessoa e tráfico interno de pessoas tiveram nova redação para incluir toda a forma de exploração sexual (CP, arts. 231 e 231-a);

5. foram estabelecidas causas especiais de aumento de pena:

Art. 226. A pena é aumentada de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas (I); de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela (II). Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada de metade, se do crime resultar gravidez (III); de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (IV); Ainda que a vítima faça a opção do aborto legal, a causa de aumento persiste. Não se atendida a tempo for medicada (pílula do dia seguinte);

6. Ação penal de iniciativa do Ministério Público, condicionada à representação da ofendida. Depende da manifestação de vontade da vítima. Há exceção, se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (CP, art. 225, parágrafo único). Não há referência às hipóteses em que ocorre lesão corporal ou morte. Como se tratam de fatos que constituem em si mesmos delitos, deve ser preservada a iniciativa do Ministério Público. Se a violência é real, a ação é pública incondicionada (CP, art. 101 CP, STF, Súmula 608).

Na interpretação das figuras delituosas – crimes sexuais – é preciso deixar de lado, uma vez por todas, a exigência de certas condutas da mulher, tendo como figurino, padrão socialmente construído. Para ter a tutela penal, não pode ser exigido da mulher

comportamentos que se coadunam com determinados estereótipos. Sua intimidade não pode ser invadida com indagações preconceituosas a respeito da vida sexual, grau de intensidade de resistência da mulher, ao ser constrangida à prática de ato sexual, ou a duração de seu dissenso, por exemplo, no cenário do crime de estupro.

A trajetória da modificação da legislação penal brasileira, com reflexo no âmbito processual penal, simboliza avanço significativo no combate à violência contra a mulher. Pode contribuir para mudança de paradigma no enfrentamento da violência de gênero.

Por certo, a sentença judiciária, os julgados podem ter impacto na elaboração e concretização de políticas públicas. Podem representar instrumento eficaz ao assegurar que a mulher, ao buscar o Poder Judiciário, não seja mais uma vez tolhida em seus direitos fundamentais.

As especificidades da violência doméstica e familiar exigem intervenção conjunta, concomitante, em cadeia, dos órgãos incumbidos da tutela dos direitos fundamentais da mulher em risco de violência.

A historiadora Michelle Perrot, ao constatar que a fala da mulher, no século XX, constituiu inovação, revela que subsistem zonas mudas, que representam um oceano de silêncio.

Em se tratando de violência contra a mulher, as paredes da casa ainda abafam a fala das mulheres, submetidas que são às mais variadas e perversas formas de agressão.

Obras consultadas

ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. Lei Maria da Penha - violência doméstica. In: DIAS, J. M. de S. (Coord). *A Mulher e a cidadania*. São Paulo: Lex Editora, 2011.

ARENDT, Hannah. *Da violência*. Tradução de Maria Cláudia Drummond Trindade. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1985.

BELEZA, Maria Tereza Couceiro Pizarro. *Mulheres, direito, crime ou perplexidade de Cassandra*. AAFDL, 1993.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

PAZZINATO, Wânia. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: FAPESP, 1998.

PERROT, Michelle. *As mulheres ou os silêncios da história*. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru: Edusp, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro crime ou "cortesia"?: abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Safe, 1998.